

## SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS, FONTE DE CUSTEIO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Manoel Messias Peixinho\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Serviços públicos delegados. 3. Serviços públicos delegados e direitos fundamentais. 4. Serviços públicos delegados e fonte de custeio. 5. Considerações finais. Referências.

**RESUMO:** Este trabalho tem o objetivo de demonstrar que é inconstitucional o Estado impor aos concessionários a prestação gratuita de serviços públicos sem que haja a correspondente previsão da fonte de custeio.

**Palavras-chave:** Serviços públicos delegados; Fonte de custeio; Direitos fundamentais; Gratuidade de serviço público; Serviços públicos inerentes à cidadania; Inconstitucionalidade.

**RÉSUMÉ:** Ce travail a l'objectif de démontrer qu'est inconstitutionnel l'État d'imposer aux concessionnaires la prestation gratuite de services publics sans laquelle y ait correspondant prévision de la source de financement.

**Mot-clés:** Services publics délégués; Source de financement; Droits fondamentaux; Gratuité de services publics; Services publics inhérents à la citoyenneté; Inconstitutionnalité.

---

\* Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RIO. Professor do Mestrado da FDC. Professor do Mestrado da UCAM e do Departamento de Direito da PUC-RIO.

## 1. Introdução: delimitação das premissas fundamentais deste trabalho

Este trabalho tem o objetivo de demonstrar que é inconstitucional o Estado impor aos delegatários a prestação gratuita de serviços públicos sem que haja a correspondente previsão da fonte de custeio prevista em lei ou ato normativo.

Para defender esta tese, valho-me de cinco premissas: 1) Os serviços públicos prestados por delegatários exigem a contrapartida financeira por parte do usuário, requisito fundamental para a preservação do equilíbrio financeiro do contrato celebrado entre o poder concedente e o concessionário. 2) A gratuidade de serviços públicos delegados pode ser instituída na Constituição, pelo legislador infraconstitucional e por autoridade administrativa competente. 3) A concretização dos direitos fundamentais exige a plena fruição dos serviços públicos pelos usuários como garantia fundamental inerente à cidadania (art. 5º, LXXVI).<sup>1</sup> 4) É inconstitucional a criação de serviços públicos gratuitos pela legislação infraconstitucional, ou por ato normativo sem que haja previsão da respectiva fonte de custeio. 5) A alternativa jurídica para afastar a inconstitucionalidade e garantir a gratuidade dos serviços públicos delegados é o Estado oferecer a contrapartida pecuniária, para compensar a prestação graciosa ou, então, estabelecer outras formas de compensação para os concessionários de serviço público.

## 2. Serviços públicos delegados

A definição de *serviço público* é, por si só, uma das maiores dificuldades que enfrenta a doutrina quando inicia o debate sobre o tema.<sup>2</sup> A razão para o dissídio doutrinário está no

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º, LXXVI - São gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei: a) o registro civil de nascimento; b) a certidão de óbito.

<sup>2</sup> COLSON, Jean-Philippe. (Org). *Droit public économique*. Paris: L.G.D.J., 1996. p. 45.

fato de que a expressão *serviço público* tem natureza eminentemente ideológica.<sup>3</sup> Os critérios adotados pela doutrina são insuficientes para precisar o conteúdo. Na gênese histórica, os serviços públicos eram exclusivamente prestados pelo Estado. A denominada Escola de Serviço Público surge na França com a IIIª República (1870-1940), quando se impõe o intervencionismo estatal e começa a se desenvolver a idéia de que a solidariedade social justifica a intervenção do Estado na esfera privada. Porém, a partir de 1947, a noção de *service public* entrou em crise (*crise du service public*)<sup>4</sup> em razão da ausência de precisão jurídica do próprio conteúdo e das deficiências advindas das funções do Estado mas, principalmente, de novos desafios decorrentes das privatizações.<sup>5</sup>

A noção de serviço público, portanto, não oferece sentido preciso, uma vez que muitas atividades privadas, ainda que não recebam a qualificação de serviço público, são consideradas de interesse geral a partir do binômio interesse da coletividade e satisfação das necessidades individuais.<sup>6</sup> Apesar da insuficiência dos conceitos e das classificações adotadas pela doutrina, pode-se, com finalidade exclusivamente didática, definir serviço público como *prestação material reconhecida como serviço público, criada por ato normativo de autoridade pública competente (Constituição, lei em sentido formal e ato administrativo) e pela jurisprudência, que visa à*

---

<sup>3</sup> Registra Cármen Lúcia Antunes Rocha que o Principado de Mônaco tem “como base de sua economia um serviço público de natureza amoral – O Cassino de Monte Carlo, fonte de toda a sua receita e empregando 80% de seus servidores.” Cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Concessão, permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 21. De outro lado, o autor francês Marcel Waline afirma que no conceito clássico de serviço público resta um núcleo essencial reconhecido pela jurisprudência francesa, qual seja: não é qualificada de serviço público a atividade estranha ao interesse público, a exemplo da exploração de cassinos. Cf. WALINE, Marcel. *Précis de droit administratif*. Paris: Montchrestien, 1995. p. 457.

<sup>4</sup> Sobre a crise do serviço público, ver os comentários de BURDEAU, François. *Histoire du Droit Administratif*. Paris: PUF, 1995. p. 473-500.

<sup>5</sup> COLSON, Jean-Philippe. (Org). *Op. cit.*, p. 43-45.

<sup>6</sup> RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit administratif*. 16. ed. Paris: Dalloz, 1996. p. 408.

*satisfação de determinado bem ou valor considerado de interesse coletivo, prestado pelo estado ou por delegatário.*

O direito comunitário teve papel de destaque na redefinição do próprio conteúdo de serviço público ao compreender, na sua extensão, a categoria de serviço público industrial e comercial. Pela nova sistemática, estes serviços passaram a denominar-se *serviços de interesse econômico geral*. No âmago do novo paradigma - superioridade do direito comunitário - as regras exorbitantes do direito comum somente são subsistentes se forem necessárias para garantir o cumprimento do interesse geral.<sup>7</sup>

A Constituição brasileira discrimina o rol dos serviços públicos que tem assento constitucional<sup>8</sup> sem, não obstante, vedar a possibilidade de que o legislador ordinário crie outros serviços públicos. Na França, por seu turno, a Constituição de 1958 não atribui competência ao legislador para a criação de serviços públicos, com exceção de duas situações: (a) instituição de categorias de estabelecimentos públicos<sup>9</sup> (b) e a nacionalização de empresas privadas que pode preceder a geração de um serviço público. À exceção destes casos, hodiernamente, a criação de serviço público se dá pela competência regulamentar. Observa-se, outrossim, neste país, que se a instituição de serviço público depender de fonte de custeio haverá necessidade de autorização do Parlamento.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. *Droit public économique*. 2. ed. revue et augmentée. Paris: PUF, 1996. p. 72-73.

<sup>8</sup> Artigos 21-30 da Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>9</sup> Estatui o artigo 34 da Constituição da França, de 4 de outubro de 1958: '*La loi fixe également les règles concernant: (a) la création de catégories d'établissements publics*'; (b) *les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.*'

<sup>10</sup> WALINE, Marcel. *Op. cit.*, p. 472. Sobre a necessidade de previsão de fonte de custeio para a criação de serviços públicos, cf. o artigo 34 da Constituição da França de 4 de outubro de 1958: *La loi détermine les principes fondamentaux: (a) Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'Etat dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique. (b) Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.*

Contemporaneamente, o referencial de serviço público expandiu o seu conteúdo tradicional para atender às constantes reivindicações pautadas na implantação de políticas públicas provocadas pelas transformações advindas da globalização, o que ocasionou sensível mutação no processo de regulação da economia e do mercado.<sup>11</sup> Este cenário impôs a redefinição do papel do Estado, que passou a se exonerar da atuação diretiva para garantir o fomento, o incentivo e a regulação da ordem econômica.<sup>12</sup>

Não há consenso entre os países sobre quais os serviços devem ser prestados diretamente pelo Estado ou por seus delegatários. A escolha entre a prestação direta ou indireta se dá no campo da discricionariedade.<sup>13</sup> Se o estado entender que o atendimento do interesse público exige que o serviço seja prestado diretamente por ente público, a iniciativa privada estará interditada de prestá-lo. Pode, ao contrário, considerar o Poder Público que a atividade privada está autorizada a executar o serviço público<sup>14</sup> de acordo com as leis do mercado.<sup>15</sup> Nesta hipótese, a Administração Pública se vale do instituto da descentralização<sup>16</sup> (*décentralization*). O que ocorre, nas duas hipóteses (centralização e descentralização), é a assunção de decisões político-administrativas fundadas em escolha axiológica. Porém, regra clássica que continua a ser observada é que os serviços públicos devem ser criados por autoridade competente e de acordo

---

<sup>11</sup> Cf. o art. 174 da Constituição brasileira de 1988: "Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado."

<sup>12</sup> DI PLINIO, Giampiero. *Diritto pubblico dell'economia*. Milano: Giuffrè, 1998. p. 654.

<sup>13</sup> Cf. ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. v. II. 7. ed. Madrid: Civitas, 2000. p. 74.

<sup>14</sup> Descentralização por serviço (*décentralization par service*) é a terminologia que se emprega na França. Significa a transferência de uma autoridade administrativa a outra pessoa pública ou privada para a gestão autônoma do serviço público. Cf. DUVERGER, Maurice. *Eléments de Droit public*. Paris: PUF, 1995. p. 282-283.

<sup>15</sup> DELVOLVÉ, Pierre. *Droit public de l'économie*. Paris: Dalloz, 1998. p. 162.

<sup>16</sup> A Constituição brasileira diferencia, contudo, os serviços privativos de cada ente federativo (art.21, VII, X XXII, art.25, §2º, art.30, III e V, CF) daqueles serviços que podem ser prestados pelos entes federativos em comum (artigo 23).

com a tradição adotada pelo ordenamento jurídico do país instituidor do serviço.

As pessoas jurídicas de direito privado incorporaram papel de relevo na execução de serviços públicos que eram exclusivos de pessoas governamentais pela razão dos recursos orçamentários destinados à execução terem escasseados. O direito constitucional brasileiro admite que os serviços públicos sejam executados de forma descentralizada mediante autorização,<sup>17</sup> permissão, concessão,<sup>18</sup> o que não desnatura o qualificativo de serviço público, de acordo com a redefinição histórica do próprio conceito.<sup>19</sup>

### **3. Serviços públicos delegados e direitos fundamentais**

Os serviços públicos são prestações materiais essenciais à fruição dos direitos fundamentais e indispensáveis à dignidade da pessoa humana, quer sejam prestados pelo Estado ou por delegatário. A escolha dos serviços públicos a serem prestados depende de decisão política. Somente o Estado pode decidir quais as demandas dos cidadãos que devem ser satisfeitas e quais os meios a serem utilizados para a concretização das políticas públicas.<sup>20</sup>

No caso específico dos serviços públicos delegados, os direitos fundamentais se identificam com os direitos dos usuários. Dentre os mais relevantes, destacam-se os seguintes: “receber serviço adequado”; “receber do poder concedente e do concessionário informações para a defesa de interesses individuais e coletivos”; “obter e utilizar o serviço com liberdade de escolha entre vários prestadores quando for o caso”.<sup>21</sup> Conforme observa

<sup>17</sup> Art. 22 da Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>18</sup> Art. 175 da Constituição brasileira de 1988: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

<sup>19</sup> DEBBASCH, Charles. *Institutions et droit administratifs*. Tome 2. *L' action et le contrôle de l'administration*. 4. ed. refondu. Paris: PUF, 1998. p. 63.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>21</sup> Os direitos dos usuários estão consagrados, ainda que de forma tímida, no artigo 7º da Lei 8.987/1995. Contudo, tramita no Congresso Nacional Projeto de Lei que cria o Estatuto do Usuário.

Agustín Gordillo,<sup>22</sup> o usuário tem “direito à eleição da tarifa mais justa<sup>23</sup> e razoável”, o que se aplica, em contrapartida, aos concessionários. Ressalta, ademais, o jurista argentino, que a pessoa que utiliza o serviço público não é cliente, mas usuário, porque no serviço público delegado se estabelece relação obrigatória e não facultativa. Não existe, no caso, liberdade de contratar o usuário. O serviço público só poderá ser prestado por delegatário específico. O que chama mais atenção quando se comparam os direitos dos usuários de serviços públicos no Brasil e na Argentina, é que neste país, segundo Agustín Gordillo, exige-se realização de audiência pública com a presença do Defensor do Povo (*Defensor del Pueblo*) para assegurar a defesa dos direitos dos usuários. Este imperativo se dá por imposição de lei em matéria de gás e energia elétrica, mas se aplica em todos os setores privatizados, exista ou não norma regulamentar. Desta forma, a exigência de audiência pública é princípio cogente de caráter geral consagrado, inclusive pela jurisprudência.<sup>24</sup> No Brasil, o modelo de privatização dos serviços públicos foi concebido de forma autoritária, sem que houvesse a participação dos principais interessados: os usuários dos serviços públicos. O modelo neoliberal, imposto em nome do princípio da eficiência, ignorou o pleno debate popular porque prevalece no Brasil a presunção de que a democracia representativa é excludente da participação popular.

#### 4. Serviços públicos delegados e fonte de custeio

A compreensão de fonte de custeio está atrelada inexoravelmente ao financiamento da seguridade social,<sup>25</sup> uma

---

<sup>22</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. VI-20-VI-21.

<sup>23</sup> A noção de tarifa justa é no direito brasileiro um dos componentes do serviço público adequado, conforme se pode ver da definição de serviço adequado previsto no parágrafo primeiro do artigo 6º da Lei 8.987/1995: “Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e *modicidade das tarifas*”. (Grifei)

<sup>24</sup> GORDILLO, Agustín. *Op. cit.*, p. VI-20-V-21.

<sup>25</sup> A atuação do Poder Público na Seguridade Social abrange a saúde, a previdência

vez que o parágrafo 5º do artigo 195 prevê que:

Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.<sup>26</sup>

Num prisma mais abrangente, a exigência de fonte de custeio numa norma específica tem o objetivo de obstar que as finanças da seguridade social sejam deficitárias por uso desvirtuado de benefícios ou serviços de interesse público.<sup>27</sup> A idéia central de fonte de custeio é a previsão de receita para financiamento de certa despesa. Em matéria orçamentária há uma equação simples: “o orçamento deve ser elaborado de tal forma que todas as despesas nele previstas sejam cobertas pelas receitas.”<sup>28</sup> A meta primordial do orçamento público é viabilizar o princípio do planejamento ou da programação, cuja principal característica é a realização do equilíbrio entre as receitas<sup>29</sup> e as

---

social e a assistência social. Desta forma, vários são os órgãos da administração direta ou indireta no âmbito federal, como o Ministério da Saúde, o Ministério da Previdência, por meio do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, o Ministério do Desenvolvimento Social, além dos Estados e Municípios, de acordo com a Constituição Federal, no *caput* do art. 194.

<sup>26</sup>MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 512. Na Constituição de 1969, a redação era diferente. Dispunha o parágrafo único do artigo 165: Nenhuma prestação de serviço de assistência ou de benefício compreendidos na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a respectiva fonte de custeio. Comentando este artigo, José Celso de Mello Filho entende que a imposição da fonte de custeio se dá porque as contribuições previdenciárias têm natureza tributária.

<sup>27</sup>A *Constituição do Brasil comparada com a Constituição de 1967 e comentada*. Price Waterhouse. Departamento de assessoria tributária e empresarial. São Paulo: Price Waterhouse, 1989. p. 777.

<sup>28</sup>FRANCO, António Luciano de Souza. *Manual de Finanças e Direito Financeiro*. v. I. Lisboa: Almedina, 1974. p. 673.

<sup>29</sup>As receitas podem ser tributárias e não tributárias. As receitas não tributárias são aquelas que decorrem do “Estado e submetidas ao direito privado, como, por exemplo, receitas decorrentes de contrato, de herança jacente, de doações, legados etc.”. As receitas tributárias estão positivadas “no art. 145 da Constituição, que são os seguintes tributos: impostos, taxas e contribuições de melhoria.” Cf. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006. p. 115-116.



despesas.<sup>30</sup> O orçamento resulta da fixação ordenada das receitas fiscal e patrimonial que, por sua vez, autoriza (tem a finalidade) a realização (despesas) das políticas públicas mediante a outorga de prestações sociais, a exemplo de educação, saúde, seguridade, transporte etc., a projetar sempre a realização do desenvolvimento econômico, do equilíbrio da economia e da redistribuição de renda.

O financiamento dos serviços públicos se dá de duas formas: os considerados essenciais são financiados por recursos próprios derivados dos tributos arrecadados. A possibilidade de outros financiamentos está vinculada ao atendimento das carências individuais. Quanto à outorga pelo Estado de serviços públicos gratuitos, somente se admitirá para aqueles destinados a resgatar as situações de exclusão social e de concretização da cidadania concebidos na ampla moldura do interesse da coletividade. Neste caso, não há fonte de custeio, porque o Estado reconhece que há necessidade de ações de inclusão social,<sup>31</sup> a exemplo do que ocorre com o benefício assistência social previsto no artigo 204, inciso V, da Constituição Federal,<sup>32</sup> bem como os serviços públicos de saúde<sup>33</sup> e educação,<sup>34</sup> quando prestados diretamente pelo Estado. Na França, a Constituição garante o acesso gratuito e igualitário da criança e do adulto à educação, à

---

<sup>30</sup> Para Aliomar Baleeiro há dois conceitos de despesas públicas: O primeiro “é o conjunto dos dispêndios do Estado, ou de outra pessoa de direito público, para o funcionamento dos serviços públicos”. “O outro é a aplicação de certa quantia, em dinheiro, por parte da autoridade ou agente público competente, dentro duma autorização legislativa, para execução de fim a cargo do governo.” BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Atualizadora: Mizabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: 2000, p. 127.

<sup>31</sup> RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Op. cit.*, p. 403

<sup>32</sup> Dispõe o art. 203 da Constituição Federal de 1988: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

<sup>33</sup> Art. 196, *caput*, da Constituição Federal de 1988 e parágrafo primeiro do mesmo dispositivo.

<sup>34</sup> Segundo a Constituição Federal são gratuitos os ensinos fundamental e médio (*caput*, art. 208, I e II) Segundo o parágrafo primeiro do art. 208, “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”.

formação profissional e à cultura,<sup>35</sup> em concomitância com a exploração da educação por escolas privadas.<sup>36</sup>

No caso dos serviços públicos executados por pessoas de direito privado, a idéia de fonte de custeio está umbilicalmente relacionada com a finalidade do negócio privado. Ainda que o objeto da execução dos serviços seja público, a empresa tem o risco inerente ao empreendimento. Neste caso, impõe-se a observância de regras pertinentes à gestão equilibrada. Os serviços públicos devem ser remunerados pelos usuários aos concessionários na observância da legislação específica e do contrato de concessão.<sup>37</sup> Neste se estabelecerá, dentre outras cláusulas, a tarifa a ser cobrada do usuário. A estimativa da contraprestação pecuniária ao concessionário se baseia nas receitas suficientes à remuneração e à amortização do capital investido. Não há margem de negociação das tarifas no contato de concessão porque todos os critérios de reajustamento e revisão de preço são previamente acordados pelas partes no edital e no contrato.<sup>38</sup> Se, porém, houver necessidade de alteração das cláusulas de execução do contrato<sup>39</sup> (*clauses contractuelles*), a lei exige que o poder concedente negocie com o concessionário

---

<sup>35</sup> FAVOREU, Louis. et all. *Droits des libertés fondamentales*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2002. p. 254.

<sup>36</sup> Cf. ROBERT, Jacques; DUFFAR, Jean. *Droits de l'homme et libertés fondamentales*. 7. ed. Paris: Montchrestien, 1999. p. 616.

<sup>37</sup> Na definição de Daniel Edgardo Maljar, "*la concesión se configurará, como la transferencia de funciones y tareas cuya titularidad corresponde primariamente al Estado, de actividades que no eran intrínsecamente públicas, que no formaban parte de los fines históricos del Estado, de sus fines esenciales, pero que quedaban publicadas. Lo que la Administración cede en la concesión no es la titularidad de la actividad, sino su ejercicio.*" Cf. MALJAR, Daniel Edgardo. *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2005. p. 76.

<sup>38</sup> O art. 9º da lei 8.987/1995 dispõe que "a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato".

<sup>39</sup> As cláusulas contratuais, como se denominam no direito francês, podem ser alteradas unilateralmente por parte da Administração. São todas as cláusulas que definem a remuneração do concessionário e, de modo geral, o equilíbrio financeiro da concessão. Cf. VEDEL, Georg. *Droit Administratif*. 6. ed. Paris: Presses Universitaire de France, 1976. p. 837.

a manutenção do equilíbrio financeiro do contrato<sup>40</sup> (*équilibre financier du contrat*). As cláusulas exorbitantes, que autorizam prerrogativas de alterar os contratos administrativos unilateralmente, não abrangem as cláusulas financeiras, mas somente as cláusulas regulamentares (*clauses réglementaires*) pertinentes à execução do contrato.<sup>41</sup>

No caso de haver alteração das cláusulas financeiras sem o consentimento do concessionário ou sem a outorga de contrapartida pecuniária, o poder concedente viola o princípio da isonomia contratual, uma vez que há igualdade entre as partes no que tange ao respeito das cláusulas financeiras.

Nessa linha de raciocínio - reafirme-se o poder concedente não pode alterar unilateralmente as cláusulas financeiras -, os concessionários não são obrigados a cumprir o novo encargo fora do rol de obrigações previsto no contrato. Na hipótese de o Estado instituir por ato normativo serviço público gratuito, para ser prestado pelo delegatário, deverá haver concomitante e obrigatoriamente ao ato, previsão da correspondente fonte de custeio, seja para majorar a tarifa paga pelo usuário, seja para celebrar acordo que viabilize a compensação remuneratória. A única hipótese que impõe a assunção onerosa não prevista no contrato por parte do concessionário é a previsão constitucional dos serviços públicos considerados fundamentais à realização da cidadania.

A Constituição Federal de 1988 estatuiu, expressamente, a gratuidade para as pessoas reconhecidamente pobres de transporte urbano aos maiores de 65 anos.<sup>42</sup> A intenção do constituinte foi outorgar ao idoso o direito fundamental de ir e vir

---

<sup>40</sup> Lei 8.987/95. Art. 9. A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. §4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

<sup>41</sup> Cf. VEDEL, Georg. *Op. cit.*, p. 836-837. Ensina o autor, nas mesmas páginas, que *'les conséquences de cette notion de clause réglementaire sont importantes: tout d'abord, il en résulte la mutabilité de ces clauses. Le concessionnaire est soumis aux règlements du service et l'Administration pourra valablement, en cours de contrat, les modifier.'*

<sup>42</sup> Art. 230, §2º da Constituição da República Federativa do Brasil.

e lhe conferir o reconhecimento de um direito fundamental à própria dignidade humana. Neste caso, os concessionários de serviços públicos terão de suportar o gravame de transportar gratuitamente os cidadãos de terceira idade. Não foi, por conseguinte, debalde que a garantia desonerada dos referidos serviços está positivada no artigo 5º da Constituição Federal, que é o assento constitucional de primazia dos direitos fundamentais.

Na França, prevalece o princípio da ausência de gratuidade nos serviços públicos delegados (*l'absence de gratuité des services publics*), porque se reconhece a inexistência de um princípio de gratuidade geral aplicado aos serviços públicos.<sup>43</sup> Quando, todavia, a desoneração pecuniária é reconhecida, a gratuidade desaparece em função da presença de prestações específicas.<sup>44</sup> É importante salientar que na França o usuário não tem direito à gratuidade dos serviços públicos industriais e comerciais (*services publics industriels et commerciaux*).<sup>45</sup> Não há, inclusive, nenhuma objeção jurídica à cobrança de taxas para a contrapartida de serviços públicos administrativos.<sup>46</sup>

Quanto à prestação gratuita de serviços públicos imposta aos delegatários, não vislumbro qualquer mácula de inconstitucionalidade. Explico: não há inconstitucionalidade quando um ato normativo cria serviços gratuitos, por uma razão muito singela: a criação de serviços públicos se insere no elenco das competências político-administrativas governamentais, de acordo com os princípios constitucionais da supremacia do interesse público e da autonomia administrativa dos entes federados.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> LACHAUME, Jean-François. *Les grandes décisions de la jurisprudence. Droit administratif*. Paris: PUF, 1995. p. 266.

<sup>44</sup> DEBBASCH, Charles. *Op. cit.*, p. 94.

<sup>45</sup> CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Tome I. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1992. p. 460-461.

<sup>46</sup> AUTIN, Jean-Luis; RIBOT, Catherine. *Droit administratif général*. Paris: Litec, 1992. p. 182-183.

<sup>47</sup> Artigo 18 da Constituição Federal de 1988: "A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição."

## 5. Considerações finais

A gratuidade de serviços públicos delegados não prescinde da fonte de custeio, ou seja, os delegatários deverão ser ressarcidos pelos serviços não cobrados que venham a prestar. De outra forma, haveria violação ao princípio do equilíbrio financeiro dos contratos celebrados entre o poder concedente e o concessionário. A Constituição do Estado do Rio de Janeiro prevê que “não será objeto de deliberação proposta que vise conceder gratuidade em serviço público prestado de forma indireta, sem a correspondente indicação da fonte de custeio.”<sup>48</sup> Este artigo apenas reproduz, no plano da competência estadual, a proibição de alteração das cláusulas financeiras sem que haja a contrapartida remuneratória.<sup>49</sup>

O que quero destacar, neste trabalho, é que a gratuidade para serviços públicos delegados sem a correspondente indicação da fonte de custeio é inconstitucional, conforme já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, quando apreciou a constitucionalidade da lei estadual nº. 4.460/2004<sup>50</sup> e da lei

---

<sup>48</sup> BRASIL. Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Cf. §2º do artigo 112. É de se observar que o § 2º deste artigo foi impugnado por meio de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3225) no Supremo Tribunal Federal, sem que tenha havido, porém, julgamento.

<sup>49</sup> Lei 8.987/95. Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. §4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

<sup>50</sup>Representação por inconstitucionalidade da lei estadual nº. 4460/2004 que isenta de pedágio as motocicletas e similares nas estradas do Estado do Rio de Janeiro — norma eivada de inconstitucionalidade por violar não só o art. 112, § 2º da Constituição estadual, mas, também, o princípio da razoabilidade - representação que se acolhe, rejeitando-se a preliminar argüida de impossibilidade jurídica do pedido. De início, de se rejeitar a questão prévia suscitada, porquanto não há qualquer vedação no ordenamento em vigor quanto ao pedido formulado na presente Representação por Inconstitucionalidade. No mérito, realmente, a Lei Estadual nº. 4460/2004 ofende o disposto no artigo 112, § 2º da Constituição Estadual que assim estabelece: “Não será objeto de deliberação proposta que vise conceder gratuidade em serviço público prestado de forma indireta, sem a correspondente indicação da fonte de custeio.” In casu, a norma impugnada concede gratuidade em serviço público prestado de forma indireta, sem a correspondente indicação da fonte de custeio. Por outro lado, na hipótese, não

estadual 3.650/2001.<sup>51</sup> Nestas decisões, o Tribunal considerou que a criação de serviços públicos estaduais prestados de forma indireta deve apontar a respectiva fonte de custeio. O Supremo Tribunal Federal tem reafirmado que os benefícios criados pelos entes federativos devem prever a respectiva fonte de custeio.<sup>52</sup> Na França, Conselho Constitucional firmou jurisprudência no sentido de que a gratuidade de serviços públicos não tem *status* de princípio constitucional e que não há um princípio de gratuidade geral aplicado aos serviços públicos.<sup>53</sup>

Passo a concluir, adotando as seguintes premissas:

(1) Não há inconstitucionalidade quando o legislador impõe ao legatário a prestação gratuita de determinado serviço público delegado.

(2) Há, todavia, vício de inconstitucionalidade quando a instituição de um serviço público delegado não indique a correspondente fonte de custeio.

se justifica o favorecimento, tão só, de uma categoria de usuários em detrimento das outras. Assim, a Lei Municipal teria que seguir a Lei Maior Estadual e não o fez. Não obedecido os mandamentos constitucionais suso transcritos, de se declarar a inconstitucionalidade da Lei n.º. 4460/2004. Representação por Inconstitucionalidade, pois, que se tem como procedente, acolhendo-se como razões de decidir o Parecer da douta Procuradoria Geral da Justiça, rejeitando-se a preliminar argüida de impossibilidade jurídica do pedido.

<sup>51</sup>Representação por Inconstitucionalidade n.º. 2002.007.00060. Lei n. 3.650, de 21/09/2001. Regulamentação do art. 14, da Constituição Estadual. Violação do processo legislativo. Art. 112, pars, da Constituição Estadual. Consequência. Relator Des. Marlan Marinho - Julgamento: 03/05/2004 - Órgão especial representação por inconstitucionalidade lei estadual n. 3650, de 2001. Transporte coletivo passe especial. Procedência da ação. Direito administrativo brasileiro. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000, p.312. Em outro julgado, o mesmo Tribunal reiterou o entendimento de que a outorga de gratuidade para serviços concedidos depende da respectiva menção de fonte de custeio, sob pena de vício de inconstitucionalidade formal. Mandado de Segurança n.º 2002.004.00782. Rel. Des. Roberto Wider - Julgamento: 25/02/2003 - Quinta Câmara Cível. Concessão de Transporte Coletivo Municipal. Transporte Gratuito. Falta de indicação da fonte de custeio. Ilegalidade. Mandado de Segurança concedido.

<sup>52</sup>RE 260445 AgR / MS - Mato Grosso do Sul Ag. Reg. no Recurso. Extraordinário. Relator (a): Min. Ellen Gracie. Julgamento: 15/04/2003. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 09-05-2003 PP-00057 EMENT VOL-02109-04 PP-00699.

<sup>53</sup>LACHAUME, Jean-François. *Op. cit.*, Paris: PUF, 1995. p. 266

DEBBASCH, Charles. *Institutions et droit administratifs*. Tome 2. *L' action et le contrôle de l'administration*. 4. ed. refondu. Paris: PUF, 1998.

DELVOLVÉ, Pierre. *Droit public de l'économie*. Paris: Dalloz, 1998.

DI PLINIO, Giampiero. *Diritto pubblico dell'economia*. Milano: Giuffrè, 1998.

DUVERGER, Maurice. *Eléments de Droit public*. Paris: PUF, 1995.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. v. II. 7. ed. Madrid: Civitas, 2001.

FAVOREU, Louis. et all. *Droits des libertés fondamentales*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2002.

FRANCO, António Luciano de Souza. *Manual de Finanças e Direito Financeiro*. v. I. Lisboa: Almedina, 1974.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LACHAUME, Jean-François. *Les grandes décisions de la jurisprudence. Droit administratif*. Paris: PUF, 1995.

MALJAR, Daniel Edgardo. *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2005.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. *Droit public économique*. 2. ed. revue augmentée. Paris: PUF, 1996.

DEBBASCH, Charles. *Institutions et droit administratifs*. Tome 2. *L' action et le contrôle de l'administration*. 4. ed. refondu. Paris: PUF, 1998.

DELVOLVÉ, Pierre. *Droit public de l'économie*. Paris: Dalloz, 1998.

DI PLINIO, Giampiero. *Diritto pubblico dell'economia*. Milano: Giuffrè, 1998.

DUVERGER, Maurice. *Eléments de Droit public*. Paris: PUF, 1995.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. v. II. 7. ed. Madrid: Civitas, 2001.

FAVOREU, Louis. et all. *Droits des libertés fondamentales*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2002.

FRANCO, António Luciano de Souza. *Manual de Finanças e Direito Financeiro*. v. I. Lisboa: Almedina, 1974.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LACHAUME, Jean-François. *Les grandes décisions de la jurisprudence. Droit administratif*. Paris: PUF, 1995.

MALJAR, Daniel Edgardo. *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2005.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. *Droit public économique*. 2. ed. revue augmentée. Paris: PUF, 1996.



OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006.

ROBERT, Jacques; DUFFAR, Jean. *Droits de l'homme et libertés fondamentales*. 7. ed. Paris: Montchrestien, 1999.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Concessão, permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

VEDEL, Georg. *Droit Administratif*. 6. ed. Paris: Presses Universitaire de France, 1976.

WALINE, Marcel. *Précis de Droit administratif*. Paris: Montechrestien, 1995.